

Sygn. akt: KIO 3182/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Marek Bienias

Monika Banaszkiewicz

Członkowie:

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 odwołania.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 3.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3182/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie oraz modyfikacje systemu Centralnego Archiwum Protokołów Elektronicznych, nr sprawy: Z.261.6.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lutego 2024 r. pod numerem: 2024/S 43 – 125306.

W dniu 2 września 2024 r. wykonawca Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Comarch Polska S.A. (dalej jako „Comarch”), pomimo, że Comarch celowo i świadomie złożył nieprawdziwe oświadczenie o należyтым wykonaniu umowy nr 1064535 z ZUS, powodując, że oferta została złożona w sposób sprzeczny z prawem oraz naruszający zasady współżycia społecznego, co doprowadziło do nieważności złożonej przez Comarch oferty;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 i 2 pkt 2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1233) – dalej jako „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK z uwagi na fakt, że na potwierdzenie należytego wykonania Umowy nr 1064535 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS z dnia 29 listopada 2022 r. potwierdzającej spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 2.1 ppkt 2) SWZ, Comarch celowo, przedstawił nieprawdziwe oświadczenie zawarte w Protokole wykonania umowy z dnia 29 listopada 2022 r. o tym, że umowa została wykonana należyście, podczas gdy, w dniu 20 lutego 2019 r. Comarch odebrał skutecznie oświadczenie ZUS o definitywnym, częściowym odstąpieniu od umowy, w tym w zakresie usług utrzymania stanowiących ww. warunek udziału w Postępowaniu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), b), c) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7, w zw. z art. 110 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch pomimo, że Comarch powinien zostać wykluczony z Postępowania, nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu i nie dokonał skutecznego samooczyszczenia, m.in. z uwagi na fakt, że „Stanowisko Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy (...)” dotyczy Umowy wykonawczej nr 1082060 oraz umowy ramowej nr 1066673, nie zaś Umowy nr 1064535, na którą Comarch powołuje się w złożonym wykazie usług oraz w protokole z dnia 29 listopada 2022 r., a także z uwagi na fakt, że Comarch nie dokonał samooczyszczenia w możliwie najkrótszym terminie, pomimo, że już na etapie złożenia oferty miał świadomość, że umowa z ZUS, na którą się powoływał została rozwiązana 19 lutego 2019 r. z winy Comarch;

4. art. 128 ust.1, 128 ust. 4, art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Ustawy w zw. z art. 125 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych oraz nieuprawnionego dopuszczenia do złożenia przez Comarch w oparciu o art. 128 ust. 4 Ustawy nowego wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty Comarch pomimo, że nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) – zwanym dalej „Rozporządzeniem” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo nieprzedstawienia dowodu określającego, czy usługa wskazana w pkt 1 wykazu usług została wykonana należyście,

6. art. 226 ust.1 pkt 2 lit c) w zw. z art. 125 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo, że nie złożył w przewidzianym terminie prawidłowego wykazu usług, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;

7. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 Ustawy poprzez nieuprawnione przyznanie punktów w ramach kryterium – Doświadczenie Personelu Wykonawcy w liczbie 13 pkt, pomimo że powinny one wynosić 2 pkt;

a w konsekwencji (dotyczy wszystkich zarzutów powyżej)

- art. 16 oraz art 17 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców zasady przejrzystości i proporcjonalności, a także zasad efektywności i legalizmu.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. odrzucenie oferty Comarch na podstawie art. 226 ust. 1) pkt 2) lit. a-c) Ustawy, art. 226 ust. 1 pkt 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy;
3. dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Comarch i dokonanie wyboru oferty Odwołującego,

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Cloudware Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 września 2024 r. (pismo z dnia 10 września 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie.

Izba stwierdziła, że wykonawca Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2024 r. (pismo z dnia 13 września 2024 r.) wniósł o pozostawienie zarzutów odwołania nr 1, 2, 3, 5 i 6 - bez rozpoznania, jako zarzutów spóźnionych oraz oddalenie zarzutów odwołania nr 4 i 7, ewentualnie – w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku - o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Zgodnie z art. 14 ust. 2 pkt 2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), b), c) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
- c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub

odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

Zgodnie z art. 110 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:
 - 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
 - 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
 - 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
- b) zreorganizował personel,
- c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
- d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji

lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w lub złożonych podmiotowych środkach dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 125 ustawy PZP:

1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.
2. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) z dnia 5 stycznia 2016 r.

ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3 z 06.01.2016, zwanego dalej "jednolitym dokumentem").

3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.
4. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.
5. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.
6. Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie

zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe.

Zgodnie z art. 242 ustawy PZP:

1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:
 - 1) jakościowych oraz ceny lub kosztu;
 - 2) ceny lub kosztu.
2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:
 - 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
 - 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w
 - 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
 - 4) aspektów innowacyjnych;
 - 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
 - 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.
3. Ofertę najkorzystniejszą wybiera się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, jeżeli, w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy lub decyzje właściwych organów, cena lub koszt są stałe.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
 - 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 58 § 1 i 2 KC:

- § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.
- § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła, iż zarzuty oznaczone w odwołaniu jako zarzuty nr 1, 2, 3, 5 i 6 nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, ponieważ były one w ocenie Izby spóźnione. Izba w tym zakresie w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez Zamawiającego na posiedzeniu i Przystępującego w piśmie procesowym, przyjmując ją jako swoją. Tym samym została wypełniona przesłanka określona

w art. 528 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 4 i 7 nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż obecne odwołanie z dnia 2 września 2024 r. jest odwołaniem nr 3 złożonym przez tego samego Odwołującego, co odwołanie nr 1 z dnia 7 czerwca 2024 r. i odwołanie nr 2 z dnia 18 lipca 2024 r. Izba wskazuje, iż w wyniku odwołania nr 1, Zamawiający w dniu 14 czerwca 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (pierwszy wybór oferty Comarch Polska z dnia 28 maja 2024 r.), a w konsekwencji postępowanie odwoławcze zostało umorzone. Podobnie w wyniku odwołania nr 2, Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (drugi wybór oferty Comarch Polska z dnia 8 lipca 2024 r.), a w konsekwencji postępowanie odwoławcze zostało ponownie umorzone.

Izba zważyła, iż zarzuty nr 1, 2, 3, 5 i 6 są w ocenie Izby spóźnione, ponieważ co do zarzutów nr 1, nr 2 i nr 3 możliwość ich podniesienia istniała już przy pierwszym odwołaniu, wobec pierwotnej czynności wyboru oferty Przystępującego, gdyż podstawa faktyczna zarzutu była znana Odwołującemu przy pierwszym wyborze oferty Przystępującego, a mimo to zarzut taki nie został podniesiony w odwołaniu nr 1 (podniesiono go dopiero w odwołaniu nr 2 lub 3), a w przypadku zarzutów nr 5 i nr 6 ze względu na to, iż co do podstawy faktycznej zostały

podniesione w pierwszym odwołaniu (znajomość podstawy faktycznej zarzutu przez Odwołującego), jednak Odwołujący w ramach pierwszego odwołania nie skorelował z tym stanem faktycznym obecnie ponoszonej podstawy prawnej zarzutu (naruszenia przepisu ustawy PZP) i obecnego żądania, które mógł i powinien był wówczas podnieść, lecz skorelował z nim wówczas inną podstawę prawną i żądanie, a zarzuty i żądania objęte obecnym odwołaniem w zakresie ich podstawy prawnej i żądania - były dodawane do tej samej, pierwotnej podstawy faktycznej z odwołania nr 1 - dopiero w odwołaniu nr 2 lub nr 3.

Przechodząc na kanwę niniejszej sprawy, Izba zważyła, iż Odwołujący dowodzi w ramach zarzutu nr 1 – opierając się na Protokole odbioru wykonania umowy ZUS nr 1064535 z dnia 29 listopada 2022 r. podpisanym ze strony Zamawiającego przez Pana Tomasza Bojara oraz ze strony Comarch – przez Pana Grzegorza Zawadzkiego, że wobec faktu, iż od umowy tej ZUS częściowo odstąpił - „nie jest możliwe, aby Umowa została należycie wykonana i nie jest możliwe, aby osoby działające z upoważnienia Zarządu Comarch nie miały wiedzy o tym, że ZUS odstąpił od umowy niemal cztery lata przed podpisaniem rzekomego protokołu i naliczył wielomilionowe kary umowne”. Zdaniem Odwołującego Comarch celowo i świadomie złożył nieprawdziwe oświadczenie, które nie tylko jest sprzeczne z przepisami prawa, ale również takie działanie pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Izba zważyła, iż podstawa faktyczna zarzutu, tj. Protokół wykonania umowy z dnia 29.11.2022 r. podpisany przez ZUS był znany Odwołującemu już w ramach pierwszego wyboru oferty Comarch Polska, gdyż, jak zauważa Przystępujący „od początku protokół ten (jawny) był załączony do oferty Przystępującego na potwierdzenie wykonania usług wskazanych w pkt 2 Wykazu usług”. Poza tym fakt, iż ZUS odstąpił częściowo od umowy nr 1064535, w ocenie Izby również była znana Odwołującemu jeszcze przed wniesieniem odwołania nr 1, co potwierdzają dowody w postaci artykułu prasowego Money.pl z dnia 20.02.2019 „Comarch traci część umowy z ZUS. Milionowa kara” oraz komunikatu z ZUS z dnia 20.02.2019 r. „ZUS rozwiązał część umowy z firmą Comarch”. Powyższe nie zmienia postrzegania Izby dowód wniesiony do odwołania w postaci pisma z ZUS (kopia) – „Oświadczenie o definitywnym, częściowym zakończeniu stosunku zobowiązaniowego powstałego na gruncie umowy z dnia 2 marca 2018 r.”. Nadto Izba zwraca uwagę, iż powoływany w odwołaniu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2019 r. o sygn. akt KIO 394/19 co do części, w jakiej ZUS odstąpił i wypowiedział umowę z Comarch i powierzeniu tej części firmie Asseco na utrzymanie KSI ZUS, był lub przynajmniej powinien być znany Odwołującemu jako podmiotowi profesjonalnemu działającemu w branży informatycznej. Tym samym w ocenie Izby, Odwołujący posiadając powyższą wiedzę powinien był podnieść

zarzut nr 1 już w odwołaniu nr 1 z dnia 7 czerwca 2024 roku, od czynności pierwszego wyboru oferty Przystępującego – czego nie uczynił.

Izba zważyła, iż podobnie należy rozpatrywać zarzut nr 2, który w ocenie Izby dzieli los prawny zarzutu nr 1, ponieważ bazuje on na tej samej podstawie faktycznej, znanej Odwołującemu jeszcze przed wniesieniem pierwszego odwołania, w którym nie został on w ogóle podniesiony. Dowodzi tego ta sama podstawa faktyczna, tj. zarzucanie złożenia świadomie przez Comarch nieprawdziwego oświadczenia w postaci Protokołu wykonania, wobec częściowego odstąpienia przez ZUS od umowy nr 1064535 oraz powołanie się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 394/19). Odwołujący na tej samej podstawie, jak w zarzucie nr 1 – zamiast nieważności oferty (art. 226 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC) – zarzucił złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 i 2 pkt 2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993

r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Odnosząc się do zarzutu nr 3, w ocenie Izby zarzut ten bazuje na podstawie faktycznej związanej z procedurą samooczyszczczenia (selfcleaning) wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 1. i 2 ustawy PZP, w związku z częściowym odstąpieniem przez ZUS od umowy nr 1064535. Izba zważyła, iż Odwołujący zarzuca, że Comarch zbyt późno rozpoczął procedurę selfcleaningu (nie zawarł jej z własnej inicjatywy w JEDZ, a dokonał jej dopiero na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2024 r.), jak również, że złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia części JEDZ z dnia 12 sierpnia 2024 r.: „Stanowisko Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A. w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy złożone w ramach procedury samooczyszczczenia dotyczy Umowy wykonawczej nr 1082060 oraz umowy ramowej nr 1066673, nie zaś Umowy nr 1064535, na którą Comarch powołuje się w złożonym wykazie usług oraz w protokole z dnia 29 listopada 2022 r.”

Izba zważyła, iż obydwie podstawy faktyczne sprowadzają się do jednej tezy, że w ofercie Comarch nie została złożona deklaracja co do samooczyszczczenia, związana z w/w odstąpieniem od umowy nr 1064535 przez ZUS, wskazanej w Wykazie usług. W ocenie Izby, zarzut ten jest jednak spóźniony ze względu na to, iż Odwołujący miał pełną świadomość, że Comarch nie złożył deklaracji, ani dokumentów w ramach samooczyszczczenia (co należy podkreślić wynikało z błędnego działania interaktywnego formularza JEDZ, co potwierdził sam Zamawiający: „Zamawiający, przygotowując formularz JEDZ jaki zamieszczony został na platformie zakupowej Zamawiającego (i który wypełniany był przez wykonawców bezpośrednio z poziomu platformy), nie przewidział w nim odpowiedzi na pytania w zakresie podstaw wykluczenia odpowiadających przesłankom z art. 109 ust. 1 pkt 4,5,7 ustawy Pzp”, przy czym

obowiązek taki wynikał z rozdziału V ust. 1.1. SWZ), co skutkuje tym, że Odwołujący powinien był zarzucić powyższe już przy pierwszym odwołaniu, zwłaszcza, że zdaniem Izby Odwołujący miał pełną wiedzę zarówno prawną, jak i z wyroku KIO 394/19, że umowa nr 1064535 z ZUS powołana w Wykazie usług została częściowo odstąpiona przez ZUS.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż sam Odwołujący miał świadomość kwestii samooczyszczczenia związanej z odstąpieniem przez ZUS od przedmiotowej umowy, co zostało przez niego przyznane w drugim odwołaniu: „Według najlepszej wiedzy Odwołującego Comarch w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego składał samooczyszczczenie, w którym wskazuje na przypadki zaistnienia wobec niego okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w związku z realizacją umów z ZUS. (...) Umowa, w stosunku do której Comarch uprzednio składał oświadczenia o rozwiązaniu z jego winy i nienależytym wykonaniu – nie może być następczo projektem referencyjnym, który ma potwierdzić nabycie przez Comarch wiedzy i doświadczenia”.

W dalszej kolejności Izba zważyła, iż zarzutem spóźnionym, który co do podstawy faktycznej został podniesiony w pierwszym odwołaniu (znajomość podstawy faktycznej zarzutu przez Odwołującego), jednak Odwołujący w ramach pierwszego odwołania nie skorelował z tym stanem faktycznym podstawy prawnej zarzutu (naruszenia przepisu ustawy PZP) i żądania, które mógł i powinien był podnieść, lecz skorelował z nim inną podstawę prawną i żądanie, a dodatkowe zarzuty w zakresie ich podstawy prawnej i żądania były dodawane do tej samej, pierwotnej podstawy faktycznej dopiero w odwołaniu nr 2 lub nr 3 – jest zarzut nr 5 i nr 6 obecnego odwołania nr 3, tj. „naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo nieprzedstawienia dowodu określającego, czy usługa wskazana w pkt 1 wykazu usług została wykonana należycie oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) w zw. z art. 125 Ustawy – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo, że nie złożył w przewidzianym terminie prawidłowego wykazu usług, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu”.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że Oświadczenie własne Comarch S.A., na jakim bazuje zarzut nr 5 i nr 6 obecnego odwołania – znajdowało się od początku w ofercie Przystępującego, pomimo tego zarzuty te, dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie zostały postawione w odwołaniu nr 1. W odwołaniu nr 1 Odwołujący na podstawie faktycznej dotyczącej w/w Oświadczenia własnego Comarch S.A. powołał je i przytoczył całą argumentację zawartą w zarzucie nr 5 i nr 6 obecnego odwołania, o czym świadczą słowa: „Warunkiem złożenia oświadczenia własnego jest istnienie niezależnego od wykonawcy powodu, uniemożliwiającego

przedstawienie referencji lub innych dokumentów”; „Utrzymanie takiej praktyki prowadzi do absurdalnej sytuacji, w której wszyscy wykonawcy powołując się na „własne doświadczenie” będą przedstawiali niepodlegające żadnej weryfikacji dowody w postaci „oświadczenia własnego”; „w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której Comarch Polska S.A. powołuje się na usługę wykonaną przez Comarch S.A. (podmiot udostępniający zasoby Comarch w Postępowaniu), której odbiorcą jest Comarch S.A.”, która to argumentacja jest dokładną kopią argumentacji zawartej w odwołaniu nr 1 (o czym świadczy dowód nr 3 Przystępującego, w ramach której Odwołujący postawił jednak zupełnie inny zarzut (zarzut nr 2b), tj. naruszenia art. 128 ust. 1 Ustawy PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) i 3) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych poprzez zaniechanie wezwania Comarch Polska S.A. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby, Odwołujący, na znanej mu podstawie faktycznej wynikającej od początku z oferty Przystępującego (Oświadczenie własne Comarch S.A.), kwestionując przy tym możliwość powoływania się na własne doświadczenie wykonawcy/podmiotu udostępniającego zasoby oraz możliwość posługiwania się „oświadczeniem własnym”, nie zarzucił i nie zażądał odrzucenia oferty Comarch, lecz zażądał uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. uzupełnienia Wykazu usług (w zakresie doświadczenia, o którym mowa w Rozdziale V ust. 2.1. pkt 1) SWZ) wraz z dokumentem określającym, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Biorąc powyższe pod uwagę, rację ma Przystępujący, iż: „podniesienie zarzutu 5 i 6 obecnego odwołania biegł od dnia poinformowania o pierwszym wyborze oferty Comarch i powinien być zostać podniesiony już w odwołaniu nr 1 – jako

dotatkowy zarzut główny, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Comarch, obok ewentualnego zarzutu 2b, bazującego na tej samej podstawie faktycznej, ale dotyczącego zaniechania uzupełnienia wykazu i referencji”.

Na marginesie, Izba zważa, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty Comarch na w/w podstawie faktycznej Odwołujący postawił dopiero w odwołaniu nr 2 (zarzuty 2 i 3), co potwierdza dowód nr 4 Przystępującego.

Dodatkowo Izba zważa, iż w ramach podstawy faktycznej zarzutu nr 5 i nr 6 obecnego odwołania odnośnie kwestionowania podpisu osoby widniejącej na złożonym w ofercie „Oświadczeniu własnym Comarch S.A.” – Pana Piotra Rybkiewicza, że jest on „handlowcem składającym ofertę i nie posiada żadnej wiedzy odnośnie architektury systemu”, należy zwrócić uwagę, iż podpis Pana Piotra Rybkiewicza na „Oświadczeniu własnym Comarch S.A.” na

podstawie udzielonego pełnomocnictwa od Comarch S.A. był widoczny od samego początku w ofercie Przystępującego, co oznacza, że również i w tym zakresie obecne zarzuty nr 5 i nr 6 są spóźnione. Izba zważa, iż co prawda Odwołujący w pierwszym odwołaniu nie zarzucał zaniechania wezwania do uzupełnienia Wykazu usług i referencji z powodu kwestionowania osoby Pana Piotra Rybkiewicza i zarzut ten, jako podstawa faktyczna, pojawił się po raz pierwszy w odwołaniu nr 2 (zarzuty nr 2 i nr 3), a następnie został „ponowiony/przepisany do odwołania trzeciego (zarzuty 5 i 6)”, nie zmienia nic w ocenie Izby, ponieważ, jak już Izba wskazała powyżej, podpis Pana Piotra Rybkiewicza na „Oświadczeniu własnym Comarch S.A.” był widoczny od samego początku w ofercie Przystępującego.

Izba zważa, iż jedyną nową czynnością Zamawiającego pomiędzy pierwszym a drugim odwołaniem było wezwanie Comarch do złożenia wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2024 r., gdzie Odwołujący w odwołaniu nr 2 w ramach zarzutu nr 2 i nr 3 wskazuje: „W dniu 18 czerwca 2024 r. (...) Zamawiający zwrócił się o wskazanie przez Comarch:

- (i) informacji o tym, kto (jaki podmiot) realizował usługę;
- (ii) kto (jaki podmiot) może potwierdzić należyte wykonanie tej usługi;
- (iii) czy przedmiotowa usługa dotyczy systemu, który wg stanu faktycznego na dzień składania ofert został wdrożony w co najmniej 100 lokalizacjach.

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 25 czerwca 2024 r. Comarch lakonicznie wyjaśnił, że: „Należyte wykonanie usługi może potwierdzić Comarch S.A. ponieważ Comarch S.A. jest usługodawcą udostępniającym Platformę Comarch EDI”. Następnie Comarch wyjaśnił, że Platforma ta „została faktycznie wdrożona w 100 rzeczywistych lokalizacjach”. Comarch nie złożył poprawionego Wykazu usług z którego aktualnie i nadal wynika, że: Odbiorcą usługi jest Comarch S.A. zaś odbiorcą usługi jest Comarch Data Center. Nie przedstawił również wiarygodnego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Comarch, z powyższego wynika, że zarówno wykonawcą jak i odbiorcą usługi jest ten sam podmiot czyli Comarch S.A. Jest to jednak zmiana treści Wykazu usług – gdzie jako wykonawcę i odbiorcę usług wskazano 2 różne podmioty: Comarch S.A. i Comarch Data Center”.

Izba zważa za Przystępującym, iż: „powyższe wyjaśnienie oraz konstatacja Odwołującego, prowadząca się do tego, że CDC równa się Comarch S.A. i że odbiorcą usługi jest Comarch S.A. - nie tylko nie wnosi nic nowego do podstawy zarzutu pierwotnie postawionego w odwołaniu nr 1, ani nie jest faktem nowym, jaki mógłby uzasadniać podniesienie po raz pierwszy zarzutu 2 i 3 dopiero w odwołaniu nr 2 (a zatem i zarzutu 5 i 6 obecnego odwołania) w terminie”.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, po pierwsze Odwołujący już w odwołaniu nr 1 miał pełną świadomość tego, że Comarch Data Center nie jest żadną spółką z grupy kapitałowej Comarch i nie jest wykonawcą usługi, o czym świadczą słowa w ramach zarzutu 2b odwołania nr 1: „W pierwszej kolejności, Odwołujący zwraca uwagę, że nie istnieje wskazany jako Wykonawca usługi podmiot (osoba fizyczna lub prawna) w postaci Comarch Data Center. Comarch Data Center jest jedynie obiektem przetwarzania danych. Już z tych względów, Zamawiający był zobowiązany do wezwania Comarch w trybie art. 128 ust. 1 do złożenia prawidłowego wykazu usług”, a po drugie co istotne w ofercie Przystępującego jako odbiorca usługi w Wykazie usług został wskazany Comarch S.A., a wyjaśnienia Przystępującego złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 czerwca 2024 r., potwierdziły jedynie pierwotną treść Wykazu.

Konkludując, zdaniem Izby, zarzuty nr 2 i nr 3 odwołania nr 2 (obecnie – zarzuty nr 5 i nr 6 odwołania nr 3) nie uzyskały żadnej, nowej podstawy faktycznej. Wyjaśnienie Comarch z dnia 25 czerwca 2024 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśniania z dnia 18 czerwca 2024 r. jest w ocenie Izby oświadczeniem nie zmieniającym w żaden sposób stanu faktycznego znanego Odwołującemu jeszcze w ramach pierwszego wyboru oferty (pozostało niezmienione „Oświadczenie własne Comarch S.A.” złożone w ofercie Przystępującego, jak również pozostało niezmienione wskazanie Comarch S.A. jako odbiorcy usługi w Wykazie usług.

Z tego też względu zarzutu nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 są w ocenie Izby spóźnione i jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP, z tego względu, iż powinny być one podniesione w odwołaniu nr 1, co do czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej z dnia 28 maja 2024 r.

Odnosząc się z kolei do zarzutu nr 4, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust.1, 128 ust. 4, art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Ustawy w zw. z art. 125 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych oraz nieuprawnionego dopuszczenia do złożenia przez Comarch w oparciu o art. 128 ust. 4 Ustawy nowego wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty Comarch pomimo, że nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, jest on w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż w rozdziale V ust. ust. 2 pkt. 2.2 SWZ (Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), Zamawiający ustanowił warunek udziału w

postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, zgodnie z którym wykonawcy mieli wykazać dysponowanie zespołem projektowym, spełniającym warunki udziału wskazane w tabeli stanowiącej Załącznik nr 7 do SWZ. Jednym z członków tego personelu miał być Analityk Wiodący. Jednocześnie Izba wskazuje, iż Zamawiający w rozdziale XIII (Opis kryteriów oceny ofert, badania i oceny ofert) jednym z kryteriów było „Doświadczenie Personelu (D)”, gdzie w ust. 5 wskazano, że „oceniane będzie doświadczenie Personelu skierowanego do realizacji zamówienia, wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą, ponad doświadczenie wskazane w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu”. Zgodnie z tabelą z rozdziału XIII ust. 5 SWZ, Zamawiający miał przyznać punkty za doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Analityka Wiodącego w poniższy sposób: „Zamawiający przyzna 0 pkt. za spełnienie warunku udziału w postępowaniu; Zamawiający przyzna 2 pkt, jeśli osoba ta posiada doświadczenie w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu w 2 różnych usługach, ponad spełniające warunki udziału w postępowaniu (łącznie 3 usługi); Zamawiający przyzna 4 pkt, jeśli osoba ta posiada doświadczenie w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu w 3 różnych usługach, ponad spełniające warunki udziału w postępowaniu (łącznie 4 usług)”.

Izba zważa, iż wraz z ofertą Przystępujący złożył Wykaz osób na potrzeby otrzymania punktów w ramach kryterium Doświadczenie Personelu (D). W treści tego Wykazu, do pełnienia funkcji Analityka Wiodącego, Comarch Polska wskazał p. M. B., prezentując następujące doświadczenie tej osoby: „Opis dodatkowego doświadczenia nr 2 na potrzeby kryterium oceny ofert: Udział w projekcie IT w charakterze analityka wiodącego / głównego analityka koordynującego*: - Dostawa oprogramowania Systemu Świtez - odbiorca: Główny Urząd Miar - udział w projekcie w okresie: od 01.10.2019 do: 01.03.2022 - obejmującym: budowę i utrzymanie systemu informatycznego opartego o technologie webowe - o wartości ponad 500 000,00 zł - rola pełniona w projekcie: analityk wiodący - koordynacja zespołem 4 analityków; Opis dodatkowego doświadczenia nr 3 na potrzeby kryterium oceny ofert: 1. Udział w projekcie IT w charakterze analityka wiodącego / głównego analityka koordynującego*: -Budowa i wdrożenie systemu TRANS-TACHO - odbiorca: Główny Urząd Miar - udział w projekcie w okresie: od 01.06.2022 do: 31.12.2023 - obejmującym budowę i utrzymanie systemu informatycznego opartego o technologie webowe - o wartości ponad 500 000,00 zł -rola pełniona w projekcie: analityk wiodący - koordynacja zespołem 4 analityków; Opis dodatkowego doświadczenia nr 4 na potrzeby kryterium oceny ofert: Udział w projekcie IT w charakterze analityka wiodącego / głównego analityka koordynującego*: - System Monitorowania Kosztów Leczenia - odbiorca: Agencją Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji - udział w projekcie w okresie: od 01.08.2021 do: 31.08.2023 - obejmującym budowę

i utrzymanie systemu informatycznego opartego o technologie webowe - o wartości ponad 500 000 zł - rola pełniona w projekcie: analityk wiodący - koordynacja zespołem 4 analityków”.

W dniu 8 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Comarch Polska do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ustawy PZP. W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący złożył Wykaz osób, w którym wskazano poniższe doświadczenie p. M. B.: „Opis doświadczenia nr 1 na potrzeby warunku udziału: 1. Udział w projekcie IT w charakterze analityka wiodącego / głównego analityka koordynującego*: - System Monitorowania Kosztów Leczenia - odbiorca: Agencją Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji - udział w projekcie w okresie: od 08.2021 do: 08.2023 - obejmującym budowę i utrzymanie systemu informatycznego opartego o technologie webowe - o wartości ponad 500 000,00 zł - rola pełniona w projekcie: analityk wiodący - koordynacja zespołem 4 analityków”.

Izba zważa, iż z uwagi na fakt, że w treści Wykazu osób, Przystępujący powołał się na to samo doświadczenie Pana M. B. na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu (D)” w zakresie świadczenia usług na rzecz Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji, Zamawiający w dniu 18 czerwca 2024 r. skierował do Comarch Polska wezwanie do uzupełnienia Wykazu osób o następującej treści: „W treści wykazu osób złożonego jako podmiotowy środek dowodowy, Wykonawca powołał się na doświadczenie p. M. B. (analityk wiodący) w realizacji projektu na rzecz Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji. To samo doświadczenie, Wykonawca wskazał w treści wykazu osób złożonego na potrzeby oceny oferty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełniania Wykazu osób złożonego jako podmiotowy środek dowodowy przez wskazanie doświadczenia p. M. B. (dla analityka wiodącego) potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu ujętego w załączniku nr 7 do SWZ dla analityka wiodącego, innego niż doświadczenie wskazane przez Wykonawcę na potrzeby przyznania punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Brak odpowiedzi na to wezwanie lub ponowne złożenie wykazu osób (jako podmiotowego środka dowodowego) w tym samym brzmieniu jak dotychczas, spowoduje ponowne przeliczenie punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Przystępujący w dniu 25 czerwca 2024 r. złożył uzupełnienie Wykazu osób, w którym wskazał Pana M. B. jako osobę posiadającą doświadczenie Analityka Wiodącego: „Analityk Wiodący – M. B., Opis doświadczenia nr 1 na potrzeby warunku udziału: 1. Udział w projekcie IT w charakterze analityka wiodącego / głównego analityka koordynującego*: - Budowa Krajowego Systemu Informacji o Pożarach Lasów (KSIPL) -

odbiorca: Instytut Badania Leśnictwa - udział w projekcie w okresie: od 30.12.2021 do: 08.08.2022 - obejmującym budowę i utrzymanie systemu informatycznego opartego o technologie webowe - o wartości ponad 500 000 zł - rola pełniona w projekcie: analityk wiodący - koordynacja zespołem 4 – wypełnić gdy dot. analityka koordynującego”.

W związku z tak udzieloną odpowiedzią przez Przystępującego, Zamawiający w dniu 26 czerwca 2024 r. skierował do Comarch Polska wezwanie o następującej treści: „W uzupełnionym wykazie osób złożonym w dniu 25.06.2024 r. na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do Analityka wiodącego, wskazali

Państwo osobę: M. B., podczas gdy we wcześniej złożonych wykazach osób na potrzeby kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do Analityka wiodącego wymienili Państwo Pana M. B.. Również w stosunku do tej Osoby (M. B.) Zamawiający wezwał Państwa do uzupełnienia nowego wykazu osób (Pismo z dnia 18.06.2024 r. – Rozdz. II pkt 1). Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, czy w zakresie w/w rozbieżności nazwisk, doszło z Państwa strony do omyłki pisarskiej (co sugerowało by też nazwisko drugiej osoby w wykazie – B.) i należy przyjąć że wykaz w stosunku do Analityka wiodącego dotyczy M. B., czy należy przyjąć że mamy do czynienia z nową, inną osobą skierowaną do realizacji zamówienia jako M. B., nie wskazaną wcześniej w wykazach”.

Izba zważy, iż w odpowiedzi na ww. wezwanie, Comarch Polska złożył w dniu 26 czerwca 2024 r. następujące wyjaśnienia: „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu z dnia 26.06.2024 do złożenia wyjaśnień treści podmiotowego środka dowodowego – wykazu osób., Wykonawca – Comarch Polska S.A. wyjaśnia, że doszło do omyłki pisarskiej i należy przyjąć że wykaz w stosunku do Analityka wiodącego dotyczy M. B.”

W ocenie Izby, w świetle powyższego, należy uznać, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie doszło do drugiego uzupełnienia Wykazu osób w zakresie doświadczenia Analityka Wiodącego, a wyłącznie do wyjaśnienia omyłki nazwiska osoby wskazanej już w ofercie do pełnienia tej funkcji. Uzupełnienie bowiem dotyczyło wyłącznie doświadczenia Pana M. B. wskazanego w pierwotnym Wykazie osób, co wynikała z treści samego wezwania z dnia 18 czerwca 2024 r., a nie do przedstawienia doświadczenia innej osoby, tj. Pana M. B..

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż wobec treści Wykazu osób złożonego wraz z ofertą przez Przystępującego, a także w Wykazie osób złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ustawy PZP, w ocenie Izby nie było wątpliwości, że do roli Analityka Wiodącego Przystępujący skierował Pana M. B., na co słusznie zwrócił

uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z rozdziałem VI ust. 9 tiret pierwszy SWZ (Wykaz podmiotowych środków dowodowych), wskazano: „Uwaga: wykaz osób na potrzeby warunków musi zawierać te same osoby co wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert”, co w ocenie Izby jednoznacznie świadczy, że zarówno odnośnie Wykazu osób na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i odnośnie Wykazu osób złożonym wraz z ofertą na potrzeby kryteriów oceny ofert, dotyczą tej samej osoby, a mianowicie Pana M. B., a nie Pana M. B..

Tym samym, złożony przez Comarch Polska w dniu 25 czerwca 2024 r. uzupełniony Wykaz osób, wskazujący Pana M. B., a nie Pana M. B., jak również, że przedmiotem uzupełnienia Wykazu osób z dnia 25 czerwca 2024 r. było doświadczenie zawodowe zarówno Pana M. B. jako Analityka Wiodącego, jak i Pana Ł. B. jako Programisty systemów informatycznych, przy podobieństwie tych nazwisk, w ocenie Izby dawał uzasadnione podstawy do przyjęcia, że uzupełniony Wykaz osób z dnia 25 czerwca 2024 r. zawierał omyłkę pisarską, która możliwa była do wyjaśnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego nie doszło do drugiego i niedozwolonego uzupełnienia Wykazu osób (nowego Wykazu osób), a w konsekwencji nie sposób uznać, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 pkt. 2.2 SWZ.

Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu nr 7, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 Ustawy poprzez nieuprawnione przyznanie punktów w ramach kryterium – Doświadczenie Personelu Wykonawcy w liczbie 13 pkt, pomimo że powinny one wynosić 2 pkt, jest on w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważy, iż zgodnie z rozdziałem XIII ust. 5 SWZ (Opis kryteriów oceny ofert, badania i oceny ofert), Zamawiający wskazał, iż: „W ramach Kryterium Doświadczenie Personelu (D), oceniane będzie doświadczenie Personelu skierowanego do realizacji zamówienia, wskazane w wykazie osób złożonym wraz z ofertą, ponad doświadczenie wskazane w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Punktacja w kryteriach zostanie przyznana na podstawie złożonego z ofertą wykazu osób – wg Załącznika nr 8 do SWZ. Niezłożenie wykazu osób lub jego wypełnienie w sposób uniemożliwiający dokonanie oceny przez Zamawiającego będzie skutkowało przyznaniem 0 pkt. W ramach tego kryterium można uzyskać maksymalnie 20 pkt”,

przy czym punkty będą przyznawane według zasad opisanych w tabeli znajdującej się pod ustępem 5 SWZ.

Izba wskazuje, iż na potwierdzenie spełnienia ww. kryterium, Przystępujący przedłożył Wykaz osób sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, w którym opisał doświadczenie w projektach następujących osób:

- Pan Ł. R. – udział w projektach realizowanych na rzecz Comarch Software und Beratung AG, Comarch AG, CA Consulting S.A.;
- Pan M. B. - udział w projektach IT realizowanych na rzecz Głównego Urzędu Miar, Głównego Urzędu Miar, Agencji Oceny Technologii Medycznych i Taryfikacji;
- Pan M. M. - udział w projektach IT realizowanych na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Comarch Software und Beratung AG;
- Pan Ł. B. - udział w projektach IT realizowanych na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Comarch Software und Beratung AG, Comarch AG;

- Pani M. P. - udział w projektach IT realizowanych na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Comarch S.A., Comarch S.A.;
- Pan Ł. W. - udział w projektach IT realizowanych na rzecz Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, Comarch S.A., Comarch S.A.;
- Pan K. S.-K. - udział w projektach IT realizowanych na rzecz Comarch S.A., Comarch S.A., Comarch Inc.;
- Pan Grzegorz Wieczorek - udział w projektach IT realizowanych na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Comarch AG, Comarch Softwareund Beratung AG.

Izba zważy, że powyższy zarzut Odwołującego oparty jest na stwierdzeniu, iż doświadczenie pracowników Przystępującego zdobywane w ramach projektów realizowanych na rzecz spółek z grupy kapitałowej Comarch jest niewiarygodne, o czym świadczą słowa: „budzi istotne wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń w tym zakresie” i „całkowicie nieweryfikowalne” oraz że prowadzi do „absurdu”, ponieważ zdaniem Odwołującego doświadczenie takie nie podlega żadnej weryfikacji, w wyniku czego ocena oferty Przystępującego staje się

„iluzoryczna”. Izba nie podziela powyższego poglądu Odwołującego, ponieważ, jak zauważa Przystępujący „większość dostaw i usług w branży IT, realizowanych przez duże koncerny działające w grupach kapitałowych – odbywa się w ich podstawowym wymiarze na zasadzie podwykonawstwa pomiędzy spółkami w grupie – celem dostarczenia finalnej usługi czy towaru. Wynika to z tego, że poszczególne spółki specjalizują się w określonych rodzajach działalności i w różnych produktach”, co jednoznacznie potwierdza dowód nr 5 załączony do pisma procesowego Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Przystępującego, iż: „w GK Comarch główna działalność produkcyjna (wytwórstwa oprogramowania) oraz usługowa (świadczenie usług IT o różnorodnym charakterze) odbywa się w Polsce i jest realizowana przez pracowników zatrudnionych w spółkach mających siedzibę w Polsce. Kontrakty zawierane przez zagraniczne spółki z GK Comarch, pomimo że są one zawierane za granicą – również co do zasady realizowane są – na zasadzie podwykonawstwa – przez spółki Polskie, w głównej mierze przez Comarch S.A. i jego pracowników lub współpracowników”. Tym samym Izba nie znalazła podstaw, aby kwestionować doświadczenie pracowników Przystępującego zdobyte w spółkach w ramach grupy kapitałowej Comarch, którzy realizują prace „na zlecenie spółek z Grupy lub nawet na zlecenie własne (projekty wewnętrzne)”.

Nadto Izba zważy, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W ocenie Izby, Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego twierdzeń o niewiarygodności i nieweryfikowalności doświadczenia pracowników zdobywanego w ramach zleceń wewnątrz grupy kapitałowej Comarch, a w konsekwencji twierdzenia Odwołującego Izba uznała za gołosłowne.

Niezależnie od powyższego, Izba zważy, że ani przepisy ustawy PZP ani zapisy SWZ w przedmiotowym postępowaniu nie wyłączają możliwości powoływania się na tak zdobyte doświadczenie.

Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Izba zważy, iż stosownie do art. 553 ustawy PZP, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 3 sentencji, miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 odwołania oraz kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji

miało charakter merytoryczny, ponieważ odnosiło się do oddalenia odwołania w zakresie zarzutów nr 4 i nr 7 odwołania.

Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 1 i 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: